

POR D. PEDRO DE QVESADA, VEZINO de la villa de la Peña.

CON

D. LEONOR MAZA, como madre y curadora de sus hijos, vezinos de Granada.

En Granada, por Andres de Santiago Palomino, Mercader, y Impressor de Libros, en la calle de los Libreros. Año de 1637.


OMO no se ha hecho en este pleyto memorial del hecho, y es algo confuso, y la determinacion en la instãcia de vista se suspendio por mucho tiempo, ha parecido a los Abogados de don Pedro, que a causa de no auer el Relator dado a entender lo que contienen sus peticiones, escrituras, y testimonios presentados, salio la sentencia contra si, mandando hazer remate en sus bienes llanamẽte, como si estuuiera obligado a la paga de lo que doña Leonor le pide, o condenado por executoria: De que suplicó don Pedro, y esta con esperãça cierta de que dada a entender su justicia, como se hizo en la Sala, y se manifestará, se tiene de enmendar.

2 ¶ Siendo hecho constante (y de que no se duda por las partes) que don Diego de Quesada, abuelo de don Pedro, tuuo concurso de acreedores a sus bienes; y en particular a los que oy possee don Pedro de Quesada su nieto; ante el Iuez de bienes confiscados (a causa de ser acreedor el Real Fisco por vn censo que le pagaua) y que auiendo sido citados todos, comparecido, y presentado sus escrituras y derechos, y entre ellos *Fadrique de Liminiana el suyo de 1500. ducados de censo* (que es este por cuyos corridos oy executa doña Leonor) y que substanciado y concluso salio sentencia de graduacion; y en ella se le dio el diez y siete lugar *al dicho Fadrique de Liminiana*, por este credito por el año passado de 1573. años.

3 ¶ Y que auiendose notificado a los Procuradores de las partes, por no auer apelado della, ni en particular el dicho Fadrique de Liminiana, passò en cosa juzgada dicha sentencia, y se mãdò executar

executar y vender los bienes sobre que cayó el remate, para pagar dichos acreedores, y que con efeto se remataron en don Fernando de Quesada por cantidad que no alcãçó al grado diez y siete, para con su valor y procedido satisfazer el credito del dicho Fadrique de Liminiana; y que despues se le mandò dar la possession dellos al comprador, el qual en su vida redimio algunos censos, y compró otros creditos anteriores a este de que oy se trata.

4 ¶ Y desde entonces el dicho don Fernando, y despues de su muerte don Pedro de Quesada su hijo y heredero, reo deste pleyto, han estado en possession quieta y pacifica de dichos bienes, percibiendo sus frutos, y han hecho los grãdes y costosos mejoramientos y gastos que tienẽ verificados.

5 ¶ Nũc, el pleyto y duda viene a ser. Vtrũ, estando en su fuerça aquellos autos del juzgado del Real Fisco, no auiendose apelado de dicha determinacion, no anulado, ni reuocado por otra de Tribunal superior, podra dicha doña Leonor vsar de la mesma escritura que alli presentò Fadrique de Liminiana contra el posseedor de las hipotecas, que en execucion y cumplimiento de aquel juyzio se le vendieron?

6 ¶ Porque lo que ha hecho doña Leonor Maça es (en virtud de lasto de los corridos, que como fiador que fue su visabuelo de don Luys (hijo de la dicha doña Leonor) del dicho don Diego de Quesada, para tomar este censo, ha pagado a doña Ynes de Torres, viuda de don Diego Fernandez de Cordoua, que sucedio en el derecho del dicho Fadrique de Liminiana; y vsando de la dicha escritura de principal de censo (que quedó vencida en quanto a los bienes de dõDiego) como si no huuiera precedido nada de lo referido) pedir mandamiento de execucion contra ellos mesmos por dichos lastos, mandarse hazer, y salir sentencia del Alcalde mayor con cierta calidad,

lidad, la qual está reuocada en quanto a los conques por ſentencia de viſta, que mandò hazer remate llana y liſamente, contra las dichas hipotecas.

7 ¶ Y para que ſe reuoque, ademas de los fundamentos tan fuertes e incontraſtables que contiene nueſtra primera informacion en derecho, hazemos vn argumento por don Pedro de Queſada, que ſi no es faltando la razon no tiene reſpueſta que ſea juridica ni concluyente para ſer condenado.

8 ¶ El qual es. O el pleyto ſe fenecio en el Tribunal del Fiſco, como es verdad que lo quedò en el concurſo de acreedores por la ſentencia de graduacion, y venta de los bienes del dicho don Diego; y ſiendo aſsi le obſta excepcion de coſa juzgada, & litis finitæ, a la dicha doña Leonor.

9 ¶ O puede conſiderarſe aquel pleyto extante, y que adhúc pendet, y ſe puede proſeguir; y en eſte caſo le obſta a doña Leonor excepcion litiſpendentiæ, y no puede en eſte Tribunal conocerſe deſta cauſa, antes ſe deue remitir al del Real Fiſco, para que alli ſiga ſu juſticia como le conuenga, quod manifeſtiſsimé patet.

En quanto a la coſa juzgada.

10 ¶ Preſuponeſe, que auiendo por cauſa neceſſaria, que fue la de concurſo de acreedores, Fadrique Liminiana, vno dellos, ſalido a el, que ſe formò a los bienes de don Diego de Queſada, y preſentado ſu derecho, y dadoſele grado, que fue el diez y ſiete, en la ſentencia que ſe executó, y en ſu cumplimiento vendidas las hipotecas para ſatisfazer los creditos anteriores, ſin que alcãçaſſe a pagar el diez y ſiete (como ſe ha referido, y es indubitable) quedó reſuelto totalmente el derecho hipotecario que el dicho Fadrique de Liminiana ſobre ellos tenia, ſin poder en manera alguna entrar vſando mas de la eſcritura con-

tra dichas hipotecas: ad text. in *l. 1. C. si antiquior creditor, in princip.* ibi: *Si vendidisset, qui ante pignus accepit persecutio tibi hipothecaria superesse non posset.*

11 ¶ Y fuera de Rodrig. *de concurs. 1. part. in princip. num.* 6. que pone la forma de substanciar vn concurso, Zeuall. *commun. quæst.* 820. *num.* 49. *&* 50. & alij adducti in nostra prima allegatione, *fol.* 3. & extra ibi relata, verba inquit, Zeuall. *num.* 54. *Quæ fecit executionem pro bonis suis dotalibus cõtra bona sui mariti, quæ fuerunt alienata á quodam executore Regio ad recuperanda certa debita ipsius, & tertius possessor se oposuit liti, & ostendit titulum venditionis factum post repetitionem dotis ipsius vxoris, & licèt videretur vẽditio litigiosa, quasi lite pendente facta, tamen quia alienatio non fuit voluntaria, sed necessaria de mandato iudicis, & pecunia fuit soluta Regi, & alijs creditoribus, defendi pignus fuisse liberatum ab hipotheca dotali, & executionem in eo factam fuisse nullam, & ita fuit iudicatum per iudicem ordinarium huius ciuitatis, & postea in Supremo Regis Consilio sententia fuit confirmata, quod est valde singulare, & quotidianum, & menti tenendum:* notant Gregor. Lup. *in l. 14. tit. 13. part. 5. gloss. fin. in fin.* ibi: *Et intellige si mota lite vendat, & satisfaciat creditoribus, & re vera pretium soluatur, quia túnc liberatur pignus.*

12 ¶ Eleganter Felician. *de sol. lib. 3. tom. 2. cap. 2. num. 14.* vers. *Sed quando*, ibi: *Sed quando adiudicatio fit á iudice ritè, & rectè, non remanet ius hipothecæ alijs creditoribus, & virtute adiudicationis illius creditor effectus est dominus irreuocabiliter, dict. §. post quam, nec obstat, quod factum iudicis, dicatur factum partis, l. si ob causam, C. de euiction. Et ideó adiudicatio facta à iudice censeri debeat eodem iure, quo facta à debitore, quoniã ea regula vulgaris procedit, quantum ad obligandum ipsum debitorem, etenim ex facto iudicis perinde debitor manet obligatus, ac si ipse vendidisset, vt declarat Bart. in l. ab hostibus, §. sed quod simpliciter, num. 7. ff. ex quibus caus. maior. per textum ibi, in l. 1. C. si in caus. iudicat. Non tamen procedit quantum ad resoluendam hipothecam, & auferendam alijs creditoribus, quia túnc factum iudicis diuersum iudicatur, & non censetur factum partis.*

D. Fran-

13 ¶ D. Francisc. Hieronym. de Leon, *decis. Valent. 70. num. 7. & 8.* ibi: *Et ita fuit sublata hipotheca in dicto nomine per curiam vendito.* Et inferius, *num.* 13. & 14. ibi: *Et quod dicitur non posse plus iuris transferri in emptorem curiæ, quam habebat debitor (cuius personam repræsentat iudex) verúm non est, quia iudex vendendo cum debitis solemnitatibus, á foro introductis, transfert in emptorem curiæ rem venditam liberam ab hipotheca, quod non potest facere venditor cum venditione extraiudiciali, & factum iudicis, in hoc casu est factum partis plenius tamen, & vberius, & magis fauorabile in fauorem emptionis curiæ.*

14 ¶ Et ex relatis & alijs quam plurimis authoritatibus nouiter Alphonsus de Guzman, *de euiction. quæst. 34. num. 40.* ibi: *Hoc præcipuè maximé locum habet in concursu creditorum quando in subhastatione iudiciali debitoris bona venduntur pro soluendis creditoribus, quia si debitor non ex libera voluntate fundum alienauerit, sed ex causa necessaria iudiciali alienentur, & debitoris bona vendantur ad creditorum petionem, tùnc emptores securi esse debent, & in illa re vendita iudicialiter ab alio adueniente creditore, etiam priore, non potest fieri executio, nec emptor iudicialis molestari, & túnc pignus, vél hipotheca in illa re vendita iudicialiter liberatum manet penès ipsum emptorem iudicialem, etiam si pignori, vèl hipothecæ sit anexa ex pacto prohibitionis alienationis.*

15 ¶ De que se infiere no auer podido dicha doña Leonor, estando resuelta la hipoteca deste censo, vt satis patet, & clare, executar de nueuo al dicho don Pedro, como heredero del comprador dellas, ex tot. dictis iuribus vbi claré ostendunt præcipué Zeuall. *dict. quæst. 820.* ibi: *Et creditor non poterit in dictis bonis alienatis facere executionem;* Guzm. *dict. quæst. 34. num. 40.* ibi: *Et in illa re vendita iudicialiter ab alio aduenięte creditore, etiam priore, non potest fieri executio, &c.*

16 ¶ Aduirtiendo, bue los Dotores referidos hablan aun en mas rigurosos terminos en fauor desta parte, videlicét, quando auiendo se formado concurso se citaron los acreedores, y no auiendo

auiendo algunos salido, ni dadoseles grado, despues introduxeron su pretension contra las hipotecas vendidas judicialmente: y resueluen, que aunque fuessen anteriores a los creditos por que se vẽdieron, no tener justificacion, por auerse extinguido: ex *l. si eo tempore, C. de remis. pignor.* ibi: *Si eo tempore prædium distrahebatur programmate admoniti creditores, cum præsentes essent ius suum exequuti non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse,* vbi Bald. in princip. Felician. *lib.3. cap.2. num.14. vers. Sed quando,* Guzm. *dict. cap.34. num.* 40. in medio, ibi: *Alio adueniente creditore etiam priore, &c.* Y en nuestra especie no solo fue citado, pero salio, mostrò su derecho, siguio el juyzio hasta el fin dicho Fadrique de Liminiana, vt toties diximus.

17 ¶ Y la razon de impedir el ingresso y progresso a los tales acreedores es por obstarles excepcion de cosa juzgada, & præcipuè in præsenti, siquidem fue vẽcido Fadrique de Liminiana por la sentencia que contra si tuuo, de que no apelò, ni menos de los autos, venta destos bienes, possession que se le mandô dar a don Fernando, y adjudicacion, deuiendolo hazer dentro de cinco dias: ad textum in *l.1. tit. 18. lib.5. Recopilat.* ibi: *Pueda apelar hasta cinco dias desde el dia que fuere dada la sentencia, o recibio el agrauio, y viniere a su noticia; y si assi no lo hiziere, que dende en adelante la sentencia, o mandamiẽto quede firme,* Azeued. ibidem á *num. 54. cap. cum dilectus, in fin. de elect. cap. quo ad consultationem, de sentẽt. & re iudicat. clementin. sicut. de appellat.* Salgad. *de Reg. protect. 4. part. cap. 1. num.* 6. cum similibus.

18 ¶ A que se llega, que con la dicha sentencia del Iuez de bienes confiscados quedò reprouada la escritura de censo en esta parte: ad textũ in *cap. suborta 21. de sentent. & re iudicat.* ibi: *Nimirum si præfati Innocentij priuilegium, Alexandro fuit in iudicio præsentatum, & ipse tulit sententiam contra illud, intelligitur reprobasse:* vbi gloss. verbo, *reprobasse,* ibi: *Nota quod instrumentum dicitur reprobatum, eo ipso quod cum iudici ostenditur contrarium iudicat.*

Y como

19 ¶ Y como reprouada, que es lo mismo q̃ cancelada, se resoluio toda la accion y derecho que della se pudiera deduzir, *l. labeo, §. ideò, ff. de pact.* Sforc. Odd. *de in integrum restitut. quæst. 93. n. 27.* Mario Giurba, *decis. 79. num. 23.* ibi: *Sexto, redditu ale instrumentum cum sit cancellatum omnis obligatio, & effectus ex eo proficiscens sublatus est.*

20 ¶ Et in terminis, venditionis bonorum ratione, cõcursus, creditorum, & adiudicationis, notant Zeuall. *dict. quæst.* 820. *num.* 54. ibi: *Tùnc emptores horum bonorum sunt securi, & creditor, VIRTVTE REI IVDICATÆ, non poterit in dictis bonis alienatis facere executionẽ,* Stephan. Gratian. *disceptat. forens. cap.* 691. *num.* 35. ibi: *Accedat, quod domus de qua agitur fuit adiudicata Iuliæ Ciprianæ pro sua dote, per sententiam Card. Pamphilij citato aduersario, quæ transiuit in iudicatum, ita vt collegium habens causam à Iulia posit se iuuare, huiusmodi exceptione rei iudicatæ, contra eundem aduersarium, per quam impeditur litis ingressus, tanquam sit exceptio litis finitæ, & habeatur pro veritate, & sit ipsa veritas.*

21 ¶ Sin que pueda negarse, que en el caso presente dexe de auer cosa juzgada, siquidem, quien alli litigó fue Fadrique de Liminiana, contra don Diego de Quesada, por el derecho desta escritura de censo, y sobre lo mismo que oy, con que concurren las identidades de la *l. cum quæritur, de except. rei iudic.* cum duabus sequentibus, ad textum in *l. Pomponius, § sed & his, ff. de procurat. l. 2. C. de ordin. cognit. l. si inter me, & te; l. Iulianus,* ibi. *Exceptionem rei iudicatæ obstare quotiens eadem quæstio inter easdem personas reuocatur, l. singulis 6. l. si quis cum totum 7. in princip. & in §. generaliter,* ibi: *Exceptio rei iudicatæ obstat, quotiens inter easdem quæstio reuocatur, vèl alio genere iudicij, ff. de exception. rei iudic.* laté Surd. *cons. 312. à n. 9. lib. 3.* Riminald. iun. *cons. 413. n. 8. volum. 4* Dom. Preses Valençuela Velazquez, *cõs. 68. num. 75.*

22 ¶ Y a esto no obstará dezir, que oy no litiga Fadrique de Liminiana, si no dicha doña

Leonor, que es diuersa persona; porque siendo cessonaria de doña Ynes de Torres, y la susodicha del dicho Liminiana, que le vendio el censo, y cedio sus derechos, no pudo transferirle mas de los que tenia túnc temporis: ad textum in *l. nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet, de regulis iuris,* Fontanell. *clausul.* 4. *gloss.* 18. *part.* 2. *n.* 72. cum vulgatis: y el cessonario se subroga in locum cedentis, *l. si eum, §. qui iniuriarum, ff. si quis cation.* Roland. *cons.* 54. *num.* 5. Tiraquell. *de retract. lignag.* §. 1. *gloss.* 10. *num.* 82. Dom. Præses Valençuela Velazquez, *cons.* 15. *num.* 40. y estando Fadrique vencido en aquel juyzio, la sentencia le obsta a su cessonario: ad textum in *l. exceptiones, ff. de exception.* Bart. *in l. si quis rem, ff. de procurat.* Alexand. *in l. si cum dotem, § si patri, ff. solut. matrimon.* Beroi. *cons.* 32. *num.* 46. *volum.* 2. Crot. *cons.* 83. *num.* 11. quæ & alia iura refert Petr. Surd. *cons.* 4. *num.* 7 ibi: *Et exceptio, quæ cedenti obstat repellit quoque cessonarium*, & sententia quæ authori nocet obstat etiam successori, *l. apud celsum, §. de authoris, ff. de dol. mal. & met. except.* Socin. *cons.* 13. *num.* 5. *volum.* 3. Tiraquell. *de retract. consanguin.* §. 1. *gloss.* 9. *num.* 128. Stephan. Gratian. *disceptat. cap.* 691. *num. fin.*

23 ¶ Ni menos puede replicarse, de que la determinacion del Iuez de bienes confiscados no puede prejudicar en este Tribunal, porque auiendole sido competente, como verdaderamente lo fue, para arrastar todas las excepciones, respeto de ser acreedor el Fisco, como lo era, por cuyo preuilegio le tocaua el conocimiento: ad textum in *l.* 1. *in fin. l. ad fiscum* 5. *l. si quis* 6. *l. dominijs* 7. *C. vbi causæ fiscal. l.* 1. *&* 2. *C. de offic. Comit. Sacr. Palac l.* 1. *& fin. C. de offic. Comit. rei priuat.* & ex dictis iuribus, cum Capic. Nat. & alijs Dom. Præses D. Ioan. Baptist. Valençuela Velazquez, *cons.* 100. *num.* 108. Gregor. Lup. *in l.* 14. *tit.* 7. *part.* 6. *gloss.* 1. multa iura adducit Dom. Ioan del Castill. *de tertijs, tom.* 7. *cap.* 12. *per totum*, & in terminis concursus Villadieg. *in Polit. cap.* 1. *num.* 13. vers. *Pero concurriendo*

curriendo con el Fisco otros acreedores., &c.

24 ¶ La determinació en aquel juyzio causa cosa juzgada en qualquier otro Tribunal, veluti cum Felin. *in cap. causam quæ el 1. num.4. vers. Sequitur, de testibus*, Alexand. *cons.37.num.22. lib.2.* Ioseph. Ludouic. *decis. Perusin.14.num.4.* Franchis, *decis.512.num.4.& 5.* Milanens. *decis.2.num. 56.lib.1.* & alijs, Dom. Præses Valençuela Velazquez, *cons. 68. num.44.* ibi: *Confirmatur etiam magis, quia sententiæ non solum faciunt fidem in alia litè, sed etiam præiudicant partibus licét sub diuersis iudicibus latæ fuerint.*

25 ¶ Y en terminos es texto expresso el *cap. fin. de exceptionibus, lib.6.* ibi: *Cum quidam seculares iudices (dum coram eis excipitur de re per Ecclesiasticum iudicem iudicata, in casu quo ad eum pertinet cognitio de cõsuetudine, vél de iure) recusent excipientes audire, in derogationem iurisdictionis Ecclesiasticæ, & contemptum decernimus, vt per censuram Ecclesiasticam ab iniquitate coerçantur huiusmodi, & admittendum exceptionem eandem (vbi aliàs de iure debet admitti) á locorum ordinarijs compellãtur,* vbi Franchus, *num.4.* Morla, *in empor. iur. tit.2. de iurisdict. omn. indic. num. 167.* & cum Valasc. Auiles, Decio, Menoch. & alijs, Dom. Præses, *d. cons. 68. num. 48.*

26 ¶ Aliás enim, si la dicha sentencia de graduacion, venta de bienes, y adjudicacion dellos, no se huuiesse de guardar, y se abriesse la puerta a este nueuo juyzio, se seguirian grauissimos inconuenientes.

27 ¶ Tũm, que las leyes y derechos que asseguraron la validacion de la venta judicial, que transfiere el dominio en el comprador, hoc est, *l. ad ei quis 14. vers. Sed si addita, de relig. & sumpt. funer.* ibi: *Bonæ enim fidei possessor est, qui authore iudice comparauit, l.52. tit.5. part.5.* ibi: *E a quien quier que la comprare del, passa el señorio de la cosa comprada al comprador,* DD. *in l. si finita, §. Iulianus, de damn. infect.* Lasart. *de gabel. cap.7. num.54. & 55.* Parlador. *lib.2. rer. quotid. cap. fin. 5. part. §. 16. num. 7.* Rodrig. *de execut. cap.6. num.55.* Auend. *de censib. cap. 108. num. 1* y los

que

que dieron forma al proceder en semejantes casos de concurrir acreedores, *l.19.tit.71.lib.4. Recopilat.* Castill. *in l.64.Taur.num.65.gloss.alegue*, Dom. Couarr. *cap. 16. practicar. num.4.* Gregor. Lup. *in l. 11. tit. 14. part. 5. gloss.1.* Parlador. *2. rer. quotidian. 5.part. num. 24.* Azeued. Paz, Villadiego, & alij adducti á Rodriguez, *de concursu, cap.1.num.3.* vendrian a ser inutiles, y frustratorios, y lo que mas es, que seruirian de defraudar, y temiendo la poca seguridad no auria persona que comprasse en concurso, y demas desto fueran inmortales los negocios: aduersus textum *in l. singulis, de except. rei iudicat.* optima *l. si finita, §. posteà quam, ff. de damn. infect.* ibi: *Posteá quam autem quis possidere iure dominij á Prætore iussus est, nequaquam locus erit cautionis oblationi, & ita ait labeo, cæterùm nullus inquit, finis rei inuenietur, & est hoc verissimum.*

28 ¶ Túm, que se daria ocasion a que saliessen en vn mismo negocio determinaciones contrarias, quod ius abhorret, *l. 1. C. quando probocare, non est neces.* quam sic summat, Salicet. *contra sententiam quæ transiuit in rem iudicatam, pronuntiari non potest,* vbi Castrens. eleganter *num.1.l.13.tit.22.part.3.* ibi: *Si juyzio fuesse dado contra alguno de que ninguna de las partes non se alçassen, despues mouiessen aquellas mesmas partes otra vez el pleyto sobre aquella cosa mesma, e en aquella manera, e diessen otro juyzio contra el primero, dezimos que no vale el segundo:* vbi Gregor. *gloss.2.* Cardinal. Tusch. *multos adducit practicar. conclus.143. á num.1. lit. S.*

29 ¶ Túm denique, porque la cosa juzgada que los acreedores anteriores obtuuieron, y resultó en su fauor, y del comprador de los bienes, vendria a executarse contra ellos mesmos, y en euidente vtilidad de Fadrique de Liminiana, que fue el vencido, y sus cessonarios, quod iniquissimum foret ad textum *in l. euidenter, ff. de exception. rei iudicat.* ibi: *Euidenter enim iniquissimum est, proficere rei iudicatæ exceptionem, ei contra quem iudicatum est,* vbi DD. Dom. Paz, *de tenut. cap.32. n.50. in fin.* ibi: *Alias*

enim

enim ipsa res iudicata victo proficeret, aduersus iuris regulas.

30 ¶ De que concluymos obstarle a dicha doña Leonor la excepcion de que don Pedro se vale, y ha opuesto, quæ est litis finitæ: argument. text. *in l. fratres, C. de transaction.* vbi Bartol. *cap. 1. de litis contestat. in 6.* Bald. *in l. post quam liti, C. de pact. & in cap. 1. de controuers. inter vasall.* & alios, Surd. *cons.* 312. *num.* 8. cum sequentib. Gratian. *disceptat. cap.* 691. *num.* 35. Iacob. Cancer. *variar. cap.* 18. *num.* 89. Dom. Præses Valençuela Velazquez, *cons.* 68. *num.* 33.

31 ¶ Veamos (señor) contra este tan grande e inuencible fundamento tiene doña Leonor algunos en su fauor que puedan desuanecerle, principalmente en este juyzio executiuo? minimé certé quidem.

32 ¶ Porque el dezir, que el memorial de bienes que dio don Fernando de Quesada fue diminuto, y en el no puso el cortijo de Guelago, vna viña, vna huerta, y vn horno. Ademas que contra esto se satisfaze plenamente en nuestra primera alegacion, *fol.* 9. vers. *Lo primero*, con las execuciones, remates, possessiones, y ventas de bienes, que fueron de todos, vt videre est.

33 ¶ Y el oponer, que el remate fue condicional, con que reconociesse dentro de quinze dias los censos anteriores don Fernando, siendo assi, que despues se compuso con los acreedores dellos, y les cõpró sus derechos, y redimio otros, con que esto se sanò.

Que la postura fue no solo en su nombre, sino de sus hermanos, y estos no acetaron.

Que la venta no se notificò al defensor de los bienes, con que tuuo nulidad.

34 ¶ Estos son derechos de aquellos terceros, acreedores anteriores a Fadrique de Liminiana (que por auerse cumplido con ellos, y estar satisfechos, no piden cosa alguna) pero no deste, cuya hipoteca quedò extinguida con la di-

cha sentencia de graduacion, y venta de bienes, cuyo precio no alcançò a pagar el diez y siete lugar, y ási ni le tocan estas defensas, ni es parte para proponer semejante derecho de tercero: ad textum *in l. loci corpus, §. competit*, Bart. & communiter DD. *ff. si seruit. vendicet. l. si quis emptionis, §. sin vero, C. de præscript.* Nat. *cons.* 419. Thesaur. *decis.* 4. *num.* 1.

35 ¶ Y solo es permitido el valerse, y oponer de derecho de tercero, al reo posseedor de vna cosa que se le trata de vendicar, diziẽdo, que no es, ni pertenece al actor, si no a otro, tanquam perimens ius actoris in vim probationis, *l. fin.* vbi scribentes, *C. de reiuindicat.* Bart. *in l.* 2. *num.* 1. *ff. de except. rei iudicat.* Bald. *cons.* 150. *ad fin. lib.* 1. Surd. *cons.* 415. *num.* 18. Gratian. *cap.* 26. *num.* 3. Ludouis. *decis.* 14. *num.* 3. Barbos. *in l. si alienam* 12. *num.* 5. *ff. solut. matrimon.*

36 ¶ Túm, porque quando todo esto faltara, que tienen que ver dichas alegaciones, y la missclanea, y proposiciones de doña Leonor, y si auia mas, o menos tierra en los cortijos, si fue derecho de prenda, o no, la adjudicacion y possession que se le mandó dar a don Fernando, y lo demas que propone para este juyzio, donde trata la susodicha de executar vna escritura que tiene contra si, vna sentencia de graduacion, passada en cosa juzgada?

37 ¶ Puede ser por ventura vsar de instrumento reprouado? claro está que de ninguna forma, ex tot iuribus supra adductis, num. y puede negarse que en el estado presente no lo esté cõ dicha sentencia, ex *cap. suborta, & ibi gloss. de sentent. & reiudic.*? menos: y quando estuuiera dudoso y ofuscado, esto solo no bastaua para que no pudiesse vsar del doña Leonor en via executiua, patet manifesté ex Bald. *in l.* 2. *C. de execut. rei iudic. & in l.* 1. *ff. de legat.* 2. Lanfran. *de arbitrar. part. vlt. quæst.* 50. Socin. *cons.* 4. *num.* 3. *volum.* 1. Intrigliol. *singul.* 36. *lib.* 3. Blanc. *de compromiss. quæst.* 4. Lancellot. *de attent.*

attent. 2. part. cap. 12. limit. 9. num. 7. ibi: *Et similiter via executiua non habet locum quando instrumentum guarentigiatum aliquo modo est offuscatum,* Marius Giurba, *decis. 79. num. 24.* ibi: *Nam si quouis modo guarentigiatum instrumentum offuscatum sit executionem, neque meretur.*

38 ¶ Túm, porque si aquella sentencia de graduacion, autos de venta de bienes, y possession (adsunt in rerum natura, como es cierto) pueden por ventura dexar de estar executados, como oy se hallan, aunque tuuieran las mayores nulidades, colusiones, e injusticias que se pueden imaginar, nullatenus quidem: si ya no es que se introduzga el remedio de los opresos, la triaca contra el veneno de la determinacion, que es la apelacion, *l. 1. ff. de appellation. l. eos, C. eodem, cap. omnis oppressus 2. quæst. 6.* Azeued. *in l. 7. tit. 18. lib. 4. Recopilat. á num. 41.*

39 ¶ Porque aunque no ayan litigado en el juyzio, eo ipso, que en el ay sentencias, para que aquestas no prejudiquen, o porque no resulten contrarias determinaciones, la entrada y el medio principal es la apelacion, ita expressa iura docent, videlicét, en solucion, omission, o fraude.

40 ¶ *L. á sententia, §. si hæres, de appellat.* ibi: *Si hæres institutus victus fuerit ab eo, qui de inofficioso testamento agebat, legatarijs, & qui libertatem acceperunt, permittendum est appellare, si querantur per colusionem pronuntiatum sicut Diuus Pius rescripsit. l. si per lusorio 14. eodem tit.* ibi. *Si per lusorio iudicio actum sit aduersus testamentum, an ius faciat index videndum, & Diuus Pius, cum inter coniunctas personas diceretur per colusionem in necem legatariorum, & libertatum actum appellare eis permissit, & hodie hoc iure vtimur, vt possint appellare:* & ex Alexand. *in l. filius familias, §. Diui, num. 9 ff. de legat. 1.* Farinac. en materia de sucessor de mayorazgo por el Duque de Vejar, en el pleyto con la Iglesia de Toledo, sobre los diezmos de Capilla, que entrò apelando de executoriales por tres sentencias conformes, *decis. 17. posthum. á num. 1.* Dom.

Molin.

Molin. *lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 8.

41 ¶ Et communiter deducitur textus *in cap. cum super, de sent. & re iudicat.* vbi Ioan. de Annan. *num.* 3. & 4. Innocent. *num.* 1. Panormitan. *num.* 25. & 26. Ioan. Andr. *num.* 3. Bellamer. *num.* 6. Bald *num.* 1. Ancharran. *num.* 2. 3. & 4. Ioan. de Immol. *num.* 11. & *cap. super eo, de offic. & potest. iudic. de legat.* plura iura adducit Scacc. *quæst.* 17. *membr.* 6. *limit.* 6. *num.* 47. *de appellat.* Mart. *conf.* 122. *á num.* 1.

42 ¶ Pero no auiendo apelado Fadrique de Liminiana de lo actuado en aquel juyzio, no doña Ynes de Torres, que sucedio en su derecho, ni menos la dicha doña Leonor Maça, su cessonaria, porque ninguno lo ha hecho, ni las peticiones deste juyzio tal deduzen, ni contienen: como es posible que sin la introducion deste remedio puedan rescindirse ni anularse la dicha sentencia y autos! quia iudex non impartitur suum officiũ nisi petenti, *l.* 4. §. *hoc autem iudicium, ff. de damn. infect. gloss. in l. properandum, §. etsi quidem,* verb. *trienij, vers. Item nota, C. de iudicijs, l.* 2. *§. quod ait Prætor, ff. quorum legator. l. in vito, de regul. iur. l. si quis filium, § stipulatio,* ibi: *Cúm interpelatus, ff. de collat. bonor. cap.* 1. *de sepoltur.* ibi: *Si petatur,* Rip. *in l. de pupillo, §. meminisse, num.* 18. *de nou. oper. nuntiat. & in l.* 4. §. *hoc autem iudicium, ff. de damn. infect.* Roland. *conf.* 83. *num.* 11. *volum.* 1. Tusch. *practicar. conclus.* 111. *lit. O.* Asin. *de execut.* §. 3. *cum.* 13. *ampliat. & cap.* 16. *vsque ad capitulum* 323. Gutierr. *in l. nemo potest, num.* 434. Hering. *de fideiussor. cap.* 5. *num.* 134. Gonçal. *in regul.* 8. *Cancellar. lib.* 1. *resolution. cap.* 15. *de præscript. num.* 16. Mantic. *de tacit. & ambiguis conuention. lib.* 4. *tit.* 30. *num.* 14. & alij sexcenti relati á Mario Giurba, *decis.* 13. *num.* 8.

43 ¶ Y lo proprio se entiende para dezir de nulidad de la dicha sentencia y autos, porque es preciso que se deduzga diziendo, que por tal defecto, omission, o circunstancia, es nulo lo actuado: ad textum in *dict. l.* 4. §. *hoc autem iudicium, ff. de damn. infect.* vbi Rip. *num.* 75. *l.* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopilat.*

*pilat.*ibi : *Si algũno alegare contra la sentencia que es ninguna,* Gratian.*disceptat.forens.cap.40.num.23.* & *cap.100.n.7.* Menoch.*lib.2.præsumpt.46.numer.3.* Monter à Cueua, *decis.12.n.* 45. Raudens. *decis.1. num.*101.& ex illis & alijs Giurb.*decis.* 21.*à nu.9.* vbi *n.*10.inquit: *Immò sententia lata, parte non instãte, esset ipso iure cum non posit iudex in causis ciuilibus officium suum impartiri nisi parte petente.*

44 ¶ Y es en tanta manera verdad esto, q̃ procede etiã que la nulidad fuesse notoria, porq̃ es necessario que se proponga, y alegue, tenet Bald.*in l.1.C.ne liceat tertio prouocar.* idẽ in *l.si vnus, §.pactus ne peteret, in fin.ff.de pact.* Alex.in d *l.de pupillo, §.qui opus, col.pen.ff.de nou.oper.nuntiat.* Ioann. Baptist. Perusin.*tract.de arbitr.lib.7.cap.11.col.1.* vers.*Secunda regula,* Philip.Fran. *in cap.dilecto,q.52.limit.8.n.42.* Felin. *in c. inter cætera, de re iudic.* vers. *Sexta declaratio,* Vanti. *de nullit. tit.quis posit dicere, de nullit.n.51.*vers.*Et quod,* ibi: *Et quod nullitas notoria, & manifesta statuto, seu dispositioni nullitates rejcienti, non includatur, sed illo non obstante proponi posit,* Giurb.*dict.decis.13.n.8.*

45 ¶ Quod in criminalibus etiam necessariũ est: porq̃ aunq̃ vno aya cometido delito, en q̃ ipso iure incurriò en pena de aleue, perdimiento de bienes, y aplicacion a el Fisco, con todo es necessario pedimiento y sentẽcia declaratoria del, *cap.cum secũdum leges, de hæretic.lib.6.l.4.tit.2.part.* 7.ibi: *El que fuesse juzgado por traydor,* Anton. Gabriel, *lib.7.commun.opinion.tit.de crimin.conclus.1.* *à num.3.cum seqq.* Farin.*tom.4 prax. crimin.q.116.* *§.1.de crimine læsæ Maiest.* Peregr. *de iur.fisci, lib.4.* *tit.5.n.8..* Silua, *responsorum, respons.3.dub 2.num.3.* *fol.mihi 27.*

46 ¶ Pues si esto es asi, quo iure, sin estar declarada por nula dicha sentẽcia de graduaciõ, autos de possesion, remate fecho en don Fernãdo, de pleyto en que se determinò el credito desta escritura, y tuuo grado, a que no alcançò para su paga el precio de los bienes, puede oy la otra

parte sin tener atencion a esta cosa juzgada executar en virtud della? Y como es cōparible q̄ estè extinguida como lo quedò por la sentencia, y que estè suscitada por si mesma, sin interuencion de otro nueuo juyzio que reuoque, ò dè por ninguna, la altere, o rescinda por injusta, o por derecho de ofrecer, o por la graciosa, o por lesion, o otro medio la dicha sentencia? si no es proponiendo vn monstruo, y queriendole sustentar, videlicet, que sea sentencia, y que no lo sea, que se executò, y no se executò, que estè vn sugeto muerto, y estè viuo, y todo esto a vn mismo tiempo, q̄ es impossible: y assi, señor, estas son razones naturales, fundamētos y principios de derecho, que no puedē faltar, y nos holgaramos los Abogados de don Pedro ver respuestas a ellos, por los de D. Leonor, para quietar el animo, y no parecer molestos en los informes, ni cansar a V.S.

Sobre la litis pendencia.

47 ¶ Esfuerça mas la justificacion de la defensa de esta parte el ver, que extra de no auerse apelado, ni dicho agrauios de la dicha sentencia, y autos del Fisco, ni propuesto ni deduzido nulidad, no esta en tiēpo doña Leonor para hazerlo, supuesto que ha 60. años que salieron, y la nulidad de sentencia, conforme nuestra *l. Real, quæ est 2. tit. 17. lib. 4. recopilat.* vbi Azeued. *num. 34.* Ioan. Gutierr. *lib. 1. practicar. q. 96. num. 3.* da termino de 60. dias, ibi: *Hasta sesenta dias desde el dia que fue dada la sentencia,* verba d. legis, sin embargo q̄ por las leyes de partida 13. *tit. 22. & l. 2. tit. 26. part. 3.* se concedian 20. años.

48 ¶ Aruirtiendo, que esto se entiende, assi demandando, como excipiendo, sin embargo de la regla ordinaria, *l. purè, §. fin. ff. de dol. mal. met. except.* ibi: *Non sicut de dol. actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam hæc perpetuo competit,* porque este texto habla en excepcion,

cion, que no puede oponerse por via de accion, pero no en nulidad, ni aplicarse a ella, para cuyo remedio e introduccion està por nuestra ley Real assignado el termino de 60. dias que alli refiere, & generaliter loquitur: ita in terminis docent & defendunt Domin. Couarr. *pract. q. 25. n. 4.* Didac. Perez, Salced. ad Bernard. Diaz, *in adnot. ad regul.* 251. quos refert & sequitur eleganter Ioann. Gutierr. *lib. 1. practic. q. 96. nu. 3.* vers. *Nihilominus*, ibi: *Sed nihilominus contraria sententia, & sic negatiua, vt nullitas etiam per viam exceptionis, non possit allegari, neque proponi post 60. dies, de quibus in nostra l. Regia, & sic ipsa indistinctè procedat, siué agendo, siué excipiẽdo est verior, & tenenda, idque primum patet ex eadem l. quæ indistinctè loquitur, &c.* Et post modum inquit: *Non obstat l. purè, §. fin. quia loquitur in propria exceptione, quæ non potest nisi per viam exceptionis.* Et infra: *At vero quando exceptio principalem vim habet ab actione, neque consistit in puris exceptionibus, tunc hinc exceptioni præscribitur, & perit cum ipsamet actione, quia est in potestate rei quando exerceat (sicut contingit in exceptione nullitatis contra sententiam, quia potest reus eam proponere principaliter agendo contra sententiam, vel excipiendo quando cõtra se agitur virtute sententiæ, vel quando ipsa contra se adducitur)* & refert Bart. & alios.

49 ¶ Y quando no huuiesse estatuto particular, y se gouernasse por la regla de las acciones, y derechos personales, a lo mas que se hã extendido los DD. es 30. años, *glos. in l. quærellam, C. de falsis prin. Inst. de perpetuis, ac temporal. action. l. sicuti, l. omnes, C. de præscript. 30. vel 40. ann.* ita in casu Specul. *in §. quoniam*, vers. *In summa, tit. de sent. glos. in cap. 1. in fin. 35. q. 9.* Bald. in *l. scire oportet, C. qui accusar. nõ possunt*, & relata iura proponens, & alia multa, Vant. *de nullit. tit. quotiens, & intra quod tempus, num. 8.* vers. *Si vero*, ibi: Si vero *nullitas in iudicio ad irritandum, vel annullandum per modum agendi, directo, & principaliter deduceretur, cum pro huiusmodi remedio officiũ iudicis nobili cõpetat: vt diximus supra,*

facultas

facultas tale officium implorandi eatenus durabit, quatenus durant reliquæ personales actiones, videlicet, triginta annis, &c. y lo mismo procede quando se intenta por excepcion, que no podia durar mas que el dicho tiempo de 30. años, dexandolo al derecho comun, vt, refiriendo la oposicion y argumento contrario, Ioan. Gutierr. d. *q.96.n.1.* in fin. inquit: *Quasi secus sit, quando incidenter, & sic in vim exceptionis, quo casu ius commune antiquum, videtur remanere incorrectum habens, vt nullitas proponi possit intra 30. annos, & non vltra, &c.* con que tambien estamos fuera del dicho termino, y otro tanto mas.

50 ¶ Fuera de que si lo referido tiene alguna falencia, y asistiesse a D. Leonor fundaméto tal, que pudiesse darle entrada, para dezir contra lo actuado enel Tribunal del Fisco, sentécia y autos del, por causa de nulidad, se deue aduertir, q̃ ora tratase principaliter della, ora incidenter, no puede en ninguno de los dos casos conocerse en esta Chancilleria de semejante remedio.

51 ¶ Porque si principaliter tantum agatur, es preciso deduzirlo ante el juez que determinò la causa, *l. fin. C. de sentent. quæ sine cert. quantit. profer. l. 1. C. de sent. & interlocut. omn. iudic. l. si præsunt, C. quomodo & quando iudex, l. 2. tit. 26. part. 3.* Didac. Perez, *in l. 2. tit. 15. lib. 3. ordinam. col. 1276.* Azeued. *in l. 3. tit. 15. lib. 4. recopilat.* Dom. Pichar. *in manuduct. ad praxim, 4 p. præcept. 17. n. 6.*

52 ¶ Si incidenter, apud iudicem appellationis, y que lo fuere competente del mismo negocio, y conociere del, notant D. Couarr. *practic. cap. 24. n. 7.* Azeued. *in d. l. 3. n. 2.* D. Pichard. *vbi proximé, num. 7.*

53 ¶ Y claro es, & absque disputatione, q̃ la Chancilleria no puede conocer por apelacion de las causas tocantes al Iuez de bienes confiscados, que es Tribunal distinto, y no sugeto a esta jurisdició ordinaria, sino al de la suprema, a quié lo està oy, pertenecen las apelaciones de aquel, vt notat ipsemet Domin. Pichard. *in manuduct.*

4. p.

4. part. præcept. 8. num. 4. ibi: *Quod autem diximus ad superiorem iudicem interponendam appellationem, sic oportet accipere, vt iudex cui appelletur eius iurisdictionis sit competens, & proximus iudicis à quo*, neque enim poteſt á temporali ad Eccleſiaſticum appellari, neque verſa vice, *cap. Romana, §. debet, de appellation. in* 6. Dom. Pichard. *vbi proximé, num.* 4. con que qualquiera pretenſion que en eſta parte pudiera tener ſe deuia remitir al dicho Tribunal.

54 ¶ Túm etiam, porque ſi juzga doña Leonor por pẽdiẽte, y no fenecido el pleyto de acreedores a los bienes de dõ Diego de Queſada (quod abſurdum eſt dicere, pues conſta lo contrario) adhúc habemus intentum, para que la ſuſodicha aya de acudir con ſu credito al concurſo con los demas, para que guardandoſe la forma del derecho, que es, recebirlo a prueua ordinariamente, ſe proceda haſta ſentencia, y venta de bienes, ſubſtanciandolo con todos: ad textum *in l.* 3. *tit.* 21. *lib.* 4. *compilation.* Gregor. Lup. *in l.* 11. *tit.* 14. *part.* 5. *gloſſ.* 1. Azeued. *in l.* 41. *tit.* 4. *lib.* 3. Parlador. *lib.* 2. *rer. quotidian.* 5. *part. num.* 24. Roder. Suar. *in repetit. l. poſt rem iudicatam, in declarat. l. Regn. limitat.* 1. *num.* 2. & 3. Caſtill. *in l.* 64. *Taur. num.* 65. Auend. *de exequend. mandat.* 1. *part. cap.* 26. *num.* 6. Villadiego, *in Politic. cap.* 2. *num.* 107. verbo, *tercero opoſitor.*

55 ¶ Con que ſiendo eſto aſsi obſtale a la dicha doña Leonor excepcion litiſpendentiæ, tã ratione, *l. nulli, C. de iudicijs*, ne cauſæ continentia diuidatur, quam ratione, *l. vbi ceptum, ff. eodem*, ſupueſto que alli preſentó ſu derecho Fadrique de Liminiana, y lo proſiguio, Parlador. *lib.* 2. *rer. quotidian. cap.* 9. *per totum, præcipuè num.* 1. & 2.

56 ¶ Túm, porque ſi no quiere tampoco tenerlo por pleyto pendiente, ſi no por determinado, como lo eſtá con la dicha ſentencia de graduacion, y le parece que en cumplimiento y execucion della, haziendo alguna diligencia, puede hallar medio para cobrar, quiẽ duda que ello ha de ſer en ſu lugar y grado diez y ſiete: vt notant

DD, præcipué in casú Rodrig. *de concurs. dict. cap. 1. num. 5.* ibi: *Facto igitur creditorum concursu proceditur vsque ad sententiam, & in ea obseruatur creditorum gradus, & ordo, & per iudicem constituitur vnusquisque in suo ordine, & gradu secundum iuris dispositionem hipothecæ, & priuilegij, vèl sui iuris prærogatiuam, & insuper á iudice percipitur, vt iuxta hanc formam debiti solutio, aut partis satisfactio fiat,* Villadieg. *cap. 2. num.* 107. ibi: *De la oposicion se manda dar traslado al executado, y demas acreedores, se recibe la causa a prueua con termino ordinario, y de via executiua se haze ordinaria, hasta dar sentencia de remate, y graduacion de acreedores, en que se manda pagar a cada vno en su lugar por su antiguedad.*

57 ¶ Quod inuiolabile est, y sin respuesta, por la cosa juzgada que se ha de guardar, y la experiencia nos lo enseña cada dia en las Salas dõde han passado pleytos de acreedores, que piden se les den prouisiones para que se les haga pago de sus creditos, y se despachan, con que sea en su lugar y grado.

58 ¶ Qua propter, concurriendo en la especie de nuestro caso sentencia de graduacion, que es executoria, como podra justificar doña Leonor el querer vsar de la dicha escritura comprehendida en ella, sin atender al grado que alli se le dio? (y justamente, por ser todos los creditos anteriores al suyo, que fue el diez y siete) ni como la Sala ha de mandarla executar fuera de su lugar, si no es menospreciãdo la cosa juzgada, y en perjuyzio de los demas que obtuuieron en su fauor grados anteriores, en cuyo derecho sucedio don Fernando, quod præsumendum neutiquem est? con que non immoramur.

59 ¶ Túm denique, & pro coronide aduertimos, que todo quanto doña Leonor puede proponer, aduertir, y considerar, auiendo como ay sentencia, y cosa juzgada, ora para que se retracte, ex falsa causa, seú ex nobis instrumentis, siué ex nullitate, siué iure pignoris, o como imaginare; esto es muy bueno (fuera de la apelacion que no se

no se ha interpuesto, vt diximus supra á num.) para vna demanda ordinaria: ad textum *in l. Diuus, ff. de re iudic. l. qui agnitis, ff. de exception.* optima *l. 1. tit. 16. part. 3.* donde auiendo dicho las sentēcias que se dan, o por instrumentos, o testigos falsos, inquit: *E tal juyzio como este puede desatar en esta manera, viniendo la parte que se tuuiere por agrauiada delãte del juzgador, estando delante por quien fue dado el juyzio, o faziendolo emplaçar, e deue pedir al Iuez como en manera de restitucion, que desate aquel juyzio, porque fue dado por falsos testigos, o por falsas cartas, e prouandolo assi deuelo reuocar el Iuez, &c.*

60 ¶ Et in nullitate, inquit *ex dict. l. Partitæ,* Villadiego, *dict. cap. 1. num. 54. in fin.* ibi: *Y la causa de nulidad se ha de tratar a pedimiento de parte in contradictorio juyzio por via ordinaria.*

61 ¶ Pero no para via executiua, e introduzida por instrumento que ya no lo es en quanto a estas hipotecas (vt millies diximus) y que quãdo estuuiera dudoso sobre si quedó cancelado, y sin fuerça, o no, esto no es deste juyzio: vt ex Rebuff. *ad reg. constitut. tit. de mater. possessor. art. 7. gloss. 1. num. 14.* Decian. *cons. 467. num. 23.* Socin. sen. *cons. 59. volum. 3.* Casanat. *cons. 9. num. 66.* Couarr. Molin. & alijs Giurba, *decis. 79. num. 24.* ibi: *Adeó vt neque cancellationis nullitas in summarissimo hoc (rejectionis) iudicio cognosci possit cum altiorem requirat indaginem,* que vá hablando contra vna escritura de vn censo de vn mayorazgo que se auia redimido al posseedor, y la trataua de executar vn sucessor suyo, y se le oponia de la cancelacion; y aunque parecia que no pudo prejudicar al tal sucessor, defiende, que esto miraua a vn juyzio ordinario, pero no a querer executar instrumento que tal qual se hallaua dado por ninguno, y sobre su validacion era necessario otro mayor conocimiento de causa.

62 ¶ Que es caso mas apretado que el nuestro, donde no puede salir remate, y anulada la sentencia de graduacion, porque lo primero mira a vn juyzio executiuo, y esto a ordinario, y cō pleno

no conocimiento de causa, y mas quando no ay introduzion del, demanda, ni otro remedio, y todo es fantastico, y de palabra, quod nihil operatur: vt cum Bart. *in l. eum qui, §. qui ita, ff. de verbor. obligat.* Ponte, *cons. 48. num. 9.* & cum multis Giurba, *decis. 3. num. 7.* ibi: *Etsi opposita fuerit exceptio carentiæ, actionis, quia generica oppositio præscriptionis, exceptionem non excludit, neque in voce opponi satis est, sed in processu requiritur expressim.*

63 ¶ Y esfuerça mas este punto de que no ay via executiua contra don Pedro el aduertir lo que hasta aqui no solo se ha omitido, pero se ha ydo con yerro notorio y conocido en lo contrario (aun por esta parte en su informacion, fol. 1. pag. 2. vers. *Lo primero*) hoc est, que la escritura de imposicion de censo tiene pacto absoluto de no enagenar, y mirada de ninguna forma se hallarà tal, porque lo que dize es, ibi: *No se han de poder vẽder ni enagenar a ninguna persona de las en derecho prohibidas, conuiene a saber, a Iglesia, ni a Monasterio, persona poderosa, &c. y auiendo de ser sea en persona lega, llana, y abonada, contiosa, natural destos Reynos, passando con la carga deste dicho censo, e condiciones desta escritura, y no sin ellos.*

64 ¶ Ecce, que no tiene el pacto de la *l. si creditor, §. fin. de distraction. pignor.* ibi: *Nullam esse venditionem vt pactioni stetur,* ni el absoluto de la l. de Partida, de donde se induze, *quæ est fin. tit. 5. part. 5.* ibi: *Que la non pudiesse vender, ni dar, nin enagenar en ninguna guisa fasta que la houiesse quita, si despues que la houiesse empeñado assi la vendiesse a otro, no valdria la vendida, e podria ser desatada por esta razon.*

65 ¶ Con que auiendo dado permision para vender, como lo hizo, en persona que no fuesse poderosa, nemini dubium quim, no deua juzgarse por pacto absoluto, y que sin reconocimiento y obligacion del tercero posseedor contra el no ay via executiua: ita in terminis docet Rodriguez, *de annuis redditibus, lib. 2. quæst. 9. num. 59.* in medio, ibi: *V[illegible]autem non alienandi pactum pariat executionem*

contra

contra tertium, ita concipiendum est, vt debitor promittat se bona redditui obligata non alienaturum, quamdiu reditus redemptus, & reliqua soluta non fuerint, iuxta l. si creditor, §. fin. de distractione pign. l. fin. tit. 5. part. 5. ibi: *Que la non pudiesse vender, ni dar, ni enagenar en ninguna guisa fasta que la non ouiesse quita. Secus erit si debitor promisserit (vt ab aliquibus imperitis tabellionibus scribi consueuit) se non alienaturum hipotecata bona in potentiorem, aut non alienaturum, sine reditus obligatione, quod tacite in est, & nihil operatur, cum alienationem prorsus nõ impediat.* Idem tenet, & prædicta verba, refert Rodrig. de *execut: cap. 4. num. 50.*

66 ¶ Con que, ex hoc capite, y quando no vuiera tantos, y tan vrgentes fundamẽtos de derecho como los que se han ponderado, y que la enagenacion que aqui se hizo no fue voluntaria, sino por causa de necessidad precisa para satisfazer acreedores, y obligaciones anteriores, en q̃ no se entiende el pacto, *ad l. alienationes, ff. famil. erciscund. l. filius famil. §. Diui, el 2. de legat.* 1. Angel. *consil.* 243. *num.* 1. ibi: *Sed pro debitis contractis ante dictam concordiam, sine dubio possent alienari. quia alienatio, tunc necessaria est, cum causam vetustiorẽ haberet pacto prædicto.* Era bastante para que diesse por ninguna la dicha execucion contra los bienes de dõ Pedro de Quesada, tercero posseedor dellos.

Sobre la prelacion.

67 ¶ Para fundamento de lo que en este punto se tiene de ajustar, es necessario aduertir por cosa constante, que el dicho don Fernando de Quesada no fue heredero del dicho don Diego su padre (& tantum abest lo contrario) que antes fue acreedor contra el, no solo por la dote de su madre, pero por ciertas prestameras que le auia cobrado; y se nombró defensor a sus bienes, y en la sentencia de graduacion sele mando hazer pago, y la hazienda de su padre fue condenada assi por la dicha dote, como por las prestameras, so-

bré

bre que no fue heredero; no ay menos que vna cosa juzgada.

68 ¶ Y constando que entrò a posseer los bienes por el remate que el fisco le hizo, auiendo andado en pregones, excluida està la presuncion que por ser hijo pudiera resultar, vt notant Bartol. *in l. gerit, ff. de acquir. hæred. in princip.* Bald. *consil.* 224. *lib.* 2. & ex aliquibus, Crabet. *consil.* 33. *num.* 11. ibi: *Vndecimo arguitur sic, ex possessione rerũ hæreditariarum, non inducitur aditio hæreditatis, si probet possidens, se possidere ex alia causa quam titulo hæreditario.* Mascard. *conclus.* 45. *num.* 28. ibi: *Primo limita conclusionem principalem, quando alia de causa quã titulo hæreditatis rem ipsam possideret, &c.* Et inferius: *Quia tunc ex huiusmodi possessione nõ inducitur aditio hæreditatis.*

69 ¶ Y mas quando asistia ser acreedor, por la dote de la dicha su madre, y qué esto solo bastaua para presumir que en pago della posseia, vt ex Bald. *in l.* 1. *C. de repudian. her.* vbi Bartol. in princip. Afflict. *decis.* 372. *num.* 1. cuius verba retulimus in nostra allegatione, *fol.* 5. *pag.* 2. *versic. Lo segundo,* Mascard. *conclus.* 45. *num.* 29.

70 ¶ Sin q̃ sea de embaraço el testimonio presentado por doña Leonor, en que pretende, que el dicho don Fernando muchos años despues de auer comprado estos bienes en el dicho cõcurso, tomó vn censo de mil ducados de la Inquisicion, y alli dixo los auia heredado de su padre.

71 ¶ Porque se satisfaze, con que la dicha enunciacion no fue de don Fernando, sino en vn memorial de bienes que se dize tenia, que no cõsta q̃ el lo diesse, ay relacion de dichas palabras, y quando lo vuiera hecho era erronea que no pudo obstarle, gloss. & ibi Abb. *in cap. quia circa, de consanguinit. & affinit.* Deci. *consil.* 273. *nu.* 13. Menoch. *consil.* 91. *num.* 39.

72 ¶ Y mas estãdo la verdad de la cosa juzgada en contrario, que totalmente resiste a dicha narratiua, a que no pudo perjudicar, ad text. in *l.*

confes-

confessionibus, cum l. si is cuius nomine seq. §. fin. de interrogator. action. ibi : *In totum autem confessiones ita ratæ sunt, si id quod in cõfessione venit, & ius, & natura recipere potest.* Roman. *consil.* 520 *num.* 10. ibi : *Quia confessio repugnans veritati, iure ipso confitẽti non obest, atque inualida iudicatur.* Corn. *consil.* 196 *numer.* 18. *volum.* 1. Surd. *consil.* 5. *num.* 42. ibi : *Et confessio repugnans veritati, neque ipsi confitenti præiudicat.* Gratia. *cap.* 501. *n.* 28. *lib.* 3.

73 ¶ Tũ, porq̃ para vna confession dañe a quien la haze, es necessario, que sea de cosa que penda de hecho suyo, siue ex potestate. Y ya no consistia en esto, siquidem, don Fernando, no por herencia, sino por titulo oneroso de venta, erat in possesione bonorum, notant Bart. in *l. non Epistolis, C. de probationib. num.* 1. Roman. *consil.* 260. *num.* 2. *&* 390. *num.* 3. ibi : *Secundo, quia asseueratio, seu confessio eius, quod quis non potest, si vult inducere non probat contra confitentem.* Surd. *consil.* 5. *n.* 42. ibi : *Secundo respondetur, quòd confessio tunc nocet, quando continet factum, quod à potestate pẽdet confitentis alias non.* Grammat. *decis.* 81. *n.* 6.

74 ¶ Tûm, porque no pudo mudar la causa del posseer, *l. cum nemo, C. de acquirend. possessio.* Socin. *consil.* 167. *numer.* 17. *lib.* 2. Tusch. *conclus.* 443. *à nu.* 1. *lit.* P. Crescent. *decis.* 5. *alias* 168. *sub titul. de dolo, & contum. nu.* 5. Statil. Pacific. *de saluian. interdict. decis.* 147. *num.* 14.

75 ¶ Túm etiam, porque auiendo sido la confession en fauor del fisco de la Inquisición, á otro fin diuerso, & propter aliud, videlicét, para tomar el censo no perjudica, ad text. *in l. epistol.* 52. *ff. de pactis, l. ex his, C. de testam. milit.* Y bien al proposito notant Hippolit. de Marsil. *in rubri. de probation. num.* 88. Salicet. *in l.* 1. *C. de confess. num.* 37. Tiraquell. *tract. res inter alios, numer.* 25. Petr. Surd. *decis.* 250. *num.* 5.

76 Y en terminos es texto expresso la *l. fin. ff. de interrogator. action.* ibi . *Procuratore Cæsaris ob debitum fiscale interrogante vnus ex filijs, qui nec bonorum posses-*

possessionem acceperat, nec hæres erat, respondit, se hæredem esse an quasi iuterrogatoria creditoribus cæteris teneatur? Respondi, ab his, qui in iure interrogasset. EX RESPONSO SVO CONVENIRI NON POSSE. vbi Bart. *in princip.* & communiter Doctores.

77 ¶ Hoc supposito pro constanti, tiêne don Pedro dicho en su oposicion como tercero, que quando le faltassen las razones que le assistẽ para excluir la via executiua (quod absit) no empero le puede faltar la prelacion de todos sus derechos hipotecarios en los mismos bienes, assi por anteriores, ad text. in *l. 1. in fin. C. si antiquior creditor.* ibi; *Sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori, propter præcedentis contractus autoritatem debitum est obtuleris. l. à Diuo Pio, §. quod si res, ff. de re iudic.* ibi : *Nec prius ius pignoris dimissuri quam si ei fuerit satisfactum. l. emptor, in princip ff. de rei vindicat. l. eos, C. qui potiores, l. 9. titul. 3. part. 5.* vbi Gregor. *gloss. 3. l. 11. tit. 14. part. 5.* Flores de Mena, *lib. 1. variar. quæst. 6. artic. 3. num. 39.* Neguisant. *de pignor. 4. membr. 5. par. princip. num. 2.* Crauet. *consil. 148. num. 1. & 2. lib. 1.* D. Francis. Hieron. de Leon. *decis. 53. per tot. præcipuè a num. 12. cũ seqq. & per tot. titul. qui potier. in pign. habeant.*

78 ¶ Cómo por derecho de retécion, quod fauorabilius est quã actio, *l. de retentione, C. de vsur. l. 2. vbi Bald. in 3. notab. C. de fideicommiss. idem consi. 455. num. 4. lib. 2.* Corn. *consil. 285. ad fi. lib. 4.* & in terminis retentionis deducitur, ex *l. si necessarias, §. si pignori, ff. de pignor. action.* ibi : *Reliqua mãcipia potest retinere, l. si non sortem, §. si centum, de condition. indebit.* ibi : *ager autem retinebitur donec debita pecunia soluatur. l. fin. ff. quib. mod. pign.* ibi : *Si tamẽ possideat exceptione doli defenditur.* Bald. in *l. fundus, ff. de rescind. vendit.* per text. ibi, & gloss. Gratian. *discept. cap. 269. a num. 8. cum seqq. & cap. 356. à num. 27.* ibi : *Et generale est, quod etiam in casibus in quibus reperiatur exclusa exceptio compensationis, nunquam tamẽ quæ prohibetur, vti retentione ex hipotheca proueniente,*

tanquam

tanquam magis priuilegiata, & fauorabile, Craueta, *cons.148. numero 2.* Castrens. *cons.93. lib. 2. colum penult.* D.Francis.Hieron.de Leon, *dict. decis. 53.n.17.*

79 ¶ Quod procedit non solùm en los creditos proprios del dicho don Fernando, sino en los lastos que se le dieron, ad textum in *l. si potiores, C. de his qui in prior. cred.* ibi: *Si priores creditores pecunia tua dimissi sunt quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis: ita vt pretium perueniret ad eosde priores creditores, in ius eorum successisti, & contra eos qui inferiores illis fuerunt iusta defensione te tueri potest,* Gratian. per illum textum, in dict. *cap. 269. à n. 17.* D.Francisc.Hieron.de Leon, dict. *decis. 53. in fin.*

80 ¶ Y el mismo priuilegio corre por los creditos, aũque no fuessen hipotecarios, optimus textus, in *l. vnic. C. etiam ob chyrographar. pecun. gl. in l. cum prior 3 ff. de distract. pignor.* vbi Bart. Negusant. *de pignor. 4. memb. 5. partis princip. n. 2.* elegan. Stephan. Gratian. *discept. cap. 269 à nu. 8. cum seqq.* cum Alberic. *in dict. l. cum prior, de distract. pignor.* Mantic. *de tacit. & ambig. tit. 29. n. 6. lib. 11.*

81 ¶ Por manera que tratando D. Leonor de executar en bienes que el dicho don Pedro possee, y se auian rematado al dicho D. Fernãdo, assi por el credito del vn quento y setecientas y tãtas mil marauedis de la dote de su madre, y treciẽtas y tantas de sus pẽsiones, como por los demas anteriores al dicho censo de Fadrique de Liminiana, tanquam si non fuisset in rerum natura sententia fisci, es precisa la prelaciõ en todos los dichos creditos anteriores, ex dictis iuribus.

82 ¶ Sin que a esto resista lo que assimismo se dize de palabra por la dicha D. Leonor, de que ha sido posseedor de mala fe por derecho de prẽda, con que no ha fecho los frutos suyos. Porque se responde. Lo vno, con que lo contrario resulta del titulo, que fue dicho remate judicial, que cõstituyò a su padre en buena fe, ex *dict. l. at si quis 14.*

vers. *Sed addita, de religios. & sumpt. funer.* ibi: *Bonæ fidei possessor est, & dominium habuit, qui authore iudice comparauit, l.52. tit.5. part.5.* DD. in *l. si finita, §. Iulianus, de damn. infect.* & alijs iuribus supra relatis.

83 ¶ Lo otro, porque esto no es deste juyzio, sino de otro ordinario no intentado, vt toties animaduertimus.

84 ¶ Y lo otro, porque teniendo de creditos mas cantidad de la en q̃ se vẽdio la haziẽda, y fuera destos los mejoramientos, y no rentando los bienes el año de 1580. 200. ducados, como lo afirmò el dicho D. Fernãdo en las cõposiciones q̃ hizo con los acreedores de su padre, no alcançã dichos frutos a satisfacerle los intereses de su suerte principal, y corridos de censos anteriores en que sucedio.

Mejoramientos.

85 ¶ Tambien tiene prouado don Pedro los mejoramientos que su padre don Fernando hizo en las casas principales, y hornos, en cantidad de 600. ducados. Y como el mesmo don Pedro despues las aumentò en 1500. Y en el molino que se hizo d̃ nueuo 400. En el cortijo de Almidar otros 400. y en tierras que en el reduxo a labor, desmõtandolas, y poniendolas en estado que lleuan fruto 1500. y otros muchos gastos q̃ los bienes tienen oy de mas valor.

86 ¶ Por los quales es cierto le compete derecho de retẽcion, ad textum in *l. in area, ff. de condit. indebit. l. Paulus 29. §. domus, ff. de pignor. l. in rem, §. in omnibus, de rei vindicat. l. qua ratione, §. habet, de adquirend. rer. domin.* DD. *in l. si non sortem, §. si centum, de condit. indebit.* Dom. Couarr. *lib. 1. var. cap.* 8. *n.* 2. Negusant. *de pignor.* 8. *p.* 3. *memb.* 24.

87 ¶ Y lo mismo procede aunque sea posseedor de mala fe, *l. plané 38. de petit. hæredit. l. domum, C. de rei vindicat. l.* 44. *tit.* 28. *part.* 3. ibi: *E en el tal caso como este dezimos, que aquel que las despensas fiziere*

ziere, que sean menester de fazerlas que las deua, e las pue de cobrar demientra que fuere tenedor de la cosa, o de la heredad en que las fizo, quier aya buena fe, quier mala en teniẽdola: e maguer el señor de la cosa, o de la heredad se venciesse de ella en juyzio no ge la deue ante entregar, fasta que el dè lo que despendio en esta razon, Anto. Fabr. *de error. pragmatic. tom. 2. decad. 26. error. 8. á num. 23.* Cardin. Tusch. *practic. conclus. tom. 5. lit. M. conclus.* 179. *n.* 18. *& conclus.* 180. *n.* 18. Ioan. Garc. *de expens. & meliorat. cap. 2. per tot.* Menoch. *de recuperand. possess. remed.* 15. *n.* 514. *cum duob. seqq.* Boer. *decis.* 44. *n.* 6. *in fin.* Aluar. Valasc. *consult.* 161. *n.* 7. Sess. *decis.* 410. *n.* 17. *tom.* 4.

88 ¶ Aduirtiendo, que en la cantidad de dichos mejoramiẽtos no se puede dispensar, ni entra el arbitrio, por no auer prouança de la dicha doña Leonor, cõtraria a la que el dicho D. Pedro hizo en los diez dias de la ley.

89 ¶ Sin que sea de substancia el dezir, que en via executiua no se pueden oponer, porque no aurà quien tal defienda, auiendo en el discurso de ella verificado, & adeò fauorabile est ius retinendi, quod competit contra executionem sentẽtiæ, *dict. l. à Diuo Pio, §. quod si res, de re iudicat. ibi: Neq; prius ius pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisfactũ,* Bald. *in l. peremptorias, n.* 12. *C. sentent. rescind. nõ poss.* Corn. *cons.* 147. *ad fin. lib.* 2. Capic. *decis.* 119. *n.* 12. Rota, *decis.* 115. *n.* 1. 2. *p. nouissimar.* D. Franc. Hier. de Leon, *dict. decis.* 53. *n.* 14.

90 ¶ Speculat. *tit. de execution. sent. §. postremo, vers. quid si bona,* Bursat. Boer. Lancellot. Rip. Benintend. Castrens. Tusch & alijs, Salgad. 4. *p. c.* 7. *n.* 75. *& cap.* 13. *num.* 58. *eiusdem met,* 4. *partis.*

61 ¶ *Quod in tantum procedit, nam & si ad executionem sententiæ, petenti offeratur de depositum, vel cautio de soluendi meliorationis, cum fuerint liquidatæ,* audiendus non est verba, Salgad. *d. c.* 13. *n.* 61. vbi Capic. *decis.* 17. Ruin. *cons.* 84. *in fin. lib.* 1. Tiraq. *de retract. conuention. §. 7. gl. 1. n. 13.* Garc. *de expens. cap. 6. n. 19.* & alijs adducit.

Y la

92 ¶ Y la razon es, quia nõ repugnatur sententia per retentionem, sed solum differtur executio, ex Capic. *dict. decis.* 119. *num.* 12. & alijs, idem Leon, *dict. decis.* 53. *vbi proximè.* De que se conuence con demonstracion clara y patente la justicia que el dicho don Pedro tiene para la prelacion en dichos creditos y mejoramientos en oposiciõ con la dicha doña Leonor, si es que ay medio para dar lugar a otro concurso sin nueua causa.

93 ¶ No es necessario aduertir, que la executoria que la dicha doña Leonor ganó en quanto a que doña Ynes de Torres le diesse lasto, no puede obrar enel caso presente, donde se trata de diferente causa y derecho, y en que no conuienẽ las identidades, *l. cum quæritur, cum duabus seqq. de except. rei iudic.*

94 ¶ Supuesto que alli ni se ventiló el derecho de la cosa juzgada, no el concurso y grado q̃ a cada vna se le dio, no el remate de bienes, ni los derechos de don Fernando por si, y en los que ha sucedido (ni aun tenia noticia dellos don Pedro de Quesada, en cuyo tiempo no fue, ni jamas pedidole, ni tratadose de cobrar estos corridos) y assi no le passò por el pensamiento oponer desta causa, con que conuiene expressamente el texto *in l. ex testamento* 20. *de except. rei iudic.* ibi: *Neque obstaturam ei exceptionem, quod non sit petitum, quod neque actor petere putasset, neque iudex in iudicio sensisset.*

95 ¶ Et cum sit alia causa non obstat iudicati exceptio, *l. si mater, §. denique in fin.* ibi: *Si posteá alia ex causa petat, causa adiecta non debet summoueri exceptione, §. eandem,* ibi: *Mox alia causa noua post petitionem mihi accessit, quæ mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio, §. si quis,* ibi: *Aliud videri tùnc petitum aliud nùnc, atque ideò exceptionem rei iudicatæ cessare, l. si rem,* ibi: *Non nocebit mihi exceptio rei iudicatæ, l. si quid sequenti, in fin.* ibi: *Exceptio locum non habebit, quia alia res est, ff. de except. rei iudicat.* cum vulgatis iuribus, & ex adductis in nostra prima allegatione fol. 7. pag. 2. vers. *Y no obsta.*

Ex

96 ¶ Ex quibus iam euidenter probauimus, que pues la escritura en cuya virtud se executa a don Pedro está vencida, las hipotecas deste censo, resueltas con la sentencia de graduacion, passada en cosa juzgada, que en su cumplimiento se vendieron a don Fernando por partidas y cantidades anteriores, y que estas no alcançaron a satisfazer el credito de Fadrique de Liminiana, que la executoria se está en su obseruancia, que no se ha apelado, dicho de nulidad contra ella, ni pedido se rescinda, que esto no se puede hazer en juyzio executiuo. Y lo que mas es, que la escritura no tiene pacto absoluto de no enagenar, es impossible que pueda introduzirse la via executiua.

97 ¶ Que quando por derecho de ofrecer, o por dolo, por auer lleuado mas bienes, por nulidad de remate, por enormissima, ademas de no estar en tiempo para nada desto, huuiesse alguna entrada, mira a vn juyzio ordinario, sin poderse ventilar en este executiuo.

98 ¶ Que si consideramos el concurso extante, y sin fenecer, y medio para cobrar la dicha doña Leonor, es fuerça lo haga en su lugar y grado diez y siete que se le dio, que ni està alterado, ni puede, aunque se juzgasse de nueuo, por ser todos los creditos hasta el hipotecarios y anteriores, con que se ha de remitir alli, o seguir su justicia donde le conuenga.

99 ¶ Que quando estos fundamentos, que nos parecen inuencibles, faltassen, por lo menos sus creditos anteriores no lo pueden hazer en concurso con la dicha escritura, cuya fecha es posterior a ellos, por los quales, y los mejoramientos, le compete retencion.

100 ¶ Nos parece deuerse determinar en fauor de don Pedro, pues para esso se introduxo el remedio de la suplicacion en reuista, *ex l.2. tit.19. lib.4. Recopilat.* para que dada mejora entender la justicia

justicia de la parte, como lo está, ajustando la verdad del hecho, magis splendescat in luce, y se reuoque el primer juyzio: vt deducitur *ex cap. graue nimis 35. quæst. 9.* ibi: *Graue non oportuit videri pijssimis manibus vestris, cuiuscumque retractari iudicium, quia veritas sæpius exagitata magis splendecit in luce, & pernicie reuocata in iudicium grauius, & sine pœnitentia condẽnatur, nãm fructus diuinus est iustitiam sæpius recenseri.* Et ita speramus. Salva in omnibus tanti Præsidis grauissimique Senatus dignissima censura.

Licenc. Herrera Pareja.